

De quelques rappels sur la notion de secteur d'activité

Commentaire Soc., 31 mars 2021, n° 19-26.054, FS-P

Pour mémoire. S'inspirant du Conseil d'État (CE, sect., 18 janvier 1980, n° 10804), la Cour de cassation avait décidé, dans un « grand » arrêt du 5 avril 1995 (n° 93-42.690 : *GADT*, n° 114) que, « si la réalité ou la suppression ou transformation de l'emploi ou de la modification substantielle du contrat de travail est examinée au niveau de l'entreprise, les difficultés économiques doivent être appréciées au regard du secteur d'activité du groupe auquel appartient l'entreprise ». L'idée sous-jacente de cette jurisprudence était de rehausser l'application du droit du travail au niveau duquel se prennent véritablement les décisions, en l'occurrence au niveau du groupe de sociétés et plus précisément de son secteur d'activité. Trivialement, il s'agissait de prendre un peu de hauteur dans les groupes lors de l'appréciation du motif économique. Toute la difficulté résidait – et réside encore – dans la définition de la notion de secteur d'activité. Les juges de la Cour de cassation ne se sont jamais cachés de ne pas avoir défini une telle notion (v. not. J.-Y. FROUIN, *RDT* 2009, p. 306). Cette démarche pragmatique n'enserme pas pour l'avenir la notion dans une définition incertaine. Certains s'offusqueront du manque de sécurité juridique. Ils ont d'ailleurs été entendus par le « législateur » (*infra*). Pourtant, l'absence de définition précise du contrat de travail et la technique du faisceau d'indices en découlant permettent au juge de saisir les nouvelles formes d'organisation du travail d'aujourd'hui et de demain. Par parallélisme, l'absence de définition du secteur d'activité contrecarre tout autant l'inventivité organisationnelle des groupes de sociétés. Une absence de définition n'empêche pas d'en définir les contours, ce à quoi la Cour de cassation s'est employée dans notre arrêt à commenter.

L'espèce. Un groupe spécialisé dans la « technique médicale et la médecine dentaire du monde entier », mais aussi dans l'« horlogerie et l'orfèvrerie en métaux précieux pour les plus grandes marques de montres du monde » (termes issus du site internet du groupe), a décidé de réorganiser ses secteurs d'activités médico-dentaire. Concomitamment, un voyageur représentant placier (VRP) a été convoqué à un entretien préalable à un licenciement pour motif économique, après avoir refusé une proposition de modification de son contrat pour un tel motif. Il a ensuite adhéré à un contrat de sécurisation professionnelle (CSP) qui lui avait été proposé lors de cet entretien, entraînant la rupture de son contrat de travail. Le VRP a finalement saisi la juridiction prud'homale pour contester cette rupture et obtenir des dommages-intérêts à ce titre. Les juridictions du fond ont accédé à ses demandes considérant le licenciement sans cause réelle et sérieuse. Dans un arrêt publié du 31 mars 2021 (n° 19-26.054), la Cour de cassation confirme le raisonnement de la cour d'appel.

L'indice de la spécialisation d'une société du groupe. Après avoir énoncé l'attendu classique selon lequel « la cause économique d'un licenciement s'apprécie au niveau de l'entreprise ou, si celle-ci fait partie d'un groupe, au niveau du secteur d'activité du groupe dans lequel elle intervient », la Cour de cassation rappelle que « la spécialisation d'une entreprise dans le groupe ne suffit pas à exclure son rattachement à un même secteur d'activité, au sein duquel doivent être appréciées les difficultés économiques ». Cette dernière précision est issue d'une jurisprudence constante (v. not. Soc., 8 juillet 2008, n° 06-45.934, inédit ; 23 juin 2009, n° 07-45.668, publié). Dans une des branches du moyen au pourvoi, la société se prévalait du fait que le secteur d'activité serait déterminé en fonction du marché sur lequel l'entreprise

intervient, notamment en fonction de la nature des produits ou services vendus, de leur mode de production et/ou de commercialisation et de la clientèle à laquelle ils s'adressent. Or le secteur d'activité auquel appartiendrait le VRP se caractérisait par la spécificité des produits fabriqués et distribués (consommables et matériels nécessaires à la fabrication de prothèses dentaires sur mesure), ses canaux de distribution (filiales propres, réseaux d'importateurs indépendants dans les autres pays), sa clientèle et utilisateurs finaux (principalement des laboratoires de prothèses indépendants) et ses marques. Malgré la réorganisation du groupe, ce secteur d'activité dentaire serait resté autonome et distinct du secteur médical. Il est heureux qu'une telle interprétation stricte du secteur d'activité n'ait pas été retenue, car il aurait suffi aux groupes de sociétés de diviser à l'extrême leurs secteurs d'activité pour faire coïncider un de ces secteurs d'activité avec l'une de leurs sociétés, de sorte que le motif économique serait apprécié au seul niveau de la société, tout en l'étant en apparence au niveau du secteur d'activité du groupe concerné.

Peu importe l'activité du secteur. Tout en tenant compte de l'activité des sociétés du groupe et de l'activité propre de la société employeur, la cour d'appel a constaté que « les domaines d'activités dentaire et médical avaient été fusionnés en une seule division à partir du 1^{er} juillet 2015, placée sous la responsabilité d'une seule personne, afin de mettre en place une nouvelle orientation stratégique et de développer de nouveaux produits nécessitant une prospection ciblée du marché, une haute productivité et une organisation efficace ». Par conséquent, cette division constituait bel et bien le secteur d'activité au niveau duquel devait s'apprécier la cause économique du licenciement. Pour le dire autrement, la spécificité des activités des sociétés du groupe n'est qu'un indice parmi d'autres, mais elle est insuffisante en elle-même pour caractériser le secteur d'activité. En outre, le niveau de décision a été rehaussé à la suite de la réorganisation du groupe. La stratégie et les décisions en découlant n'étaient plus établies au niveau du secteur dentaire ou médical, mais à un niveau au-dessus, en l'occurrence celui de la nouvelle division réunissant ces deux secteurs. Cette concentration des pouvoirs a été personnifiée par la nomination d'un responsable à la tête de la division. Pour reprendre les termes du doyen Waquet, « les groupes internationaux exercent des activités de plus en plus différenciées ; un même groupe peut s'occuper du secteur alimentaire, du secteur métallurgique et du secteur communication. Si, au niveau le plus élevé, une politique commune à tous ces secteurs peut être menée, il a paru à la Cour de cassation plus pragmatique et logique de retenir la notion de secteur d'activité » (Ph. WAQUET, « Le niveau d'appréciation des conditions du licenciement économique », *Dr. soc.* 1995, p. 482). Contrairement à sa dénomination, peu importe en réalité l'activité du secteur. Ce qui prévaut est la caractérisation d'un niveau de décision à l'échelle du secteur d'activité.

La charge de la preuve du secteur d'activité. La Cour de cassation décide par ailleurs qu'« il incombe à l'employeur de démontrer, dans le périmètre pertinent, la réalité et le sérieux du motif invoqué ». La Haute juridiction insiste en précisant dans la Lettre de la Chambre sociale (n° 9 – mars/avril 2021) que « la charge de la preuve n'est ainsi pas partagée entre les parties s'agissant de la détermination de l'étendue du secteur d'activité ». Dans la mesure où c'est à l'employeur de démontrer l'existence des difficultés économiques, l'on ne voit pas comment il en irait autrement s'agissant du périmètre d'appréciation de ces difficultés. En l'espèce, l'employeur ayant limité les informations qu'il produisait à la situation du secteur de l'activité dentaire, en occultant par conséquent le secteur médical, le licenciement était nécessairement dépourvu de cause réelle et sérieuse.

Selon certains, la partie serait perdue d'avance pour l'employeur : « tandis que l'employeur exposera en détails les difficultés économiques frappant le secteur d'activité A, le juge tournera son appréciation vers le secteur d'activité B au sujet duquel l'employeur, par hypothèse, n'aura fourni aucun élément d'information (sauf à se contredire lui-même) » (P. MORVAN, *Restructurations en droit social*, LexisNexis, 2020, 5^{ème} éd., spéc. p. 610). Pour autant, un employeur ne se tirerait pas nécessairement une « balle dans le pied » en démontrant qu'une partie du groupe de sociétés, que le salarié ou le juge tente de rattacher au secteur d'activité, dispose d'une certaine autonomie et de sa propre « direction ». Encore faut-il que cette partie du groupe dispose réellement d'une telle autonomie...

Sous l'empire de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017. L'arrêt du 31 mars 2021 a été rendu avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre, qui a consacré le secteur d'activité au sein du Code du travail. Désormais, l'avant-dernier alinéa de l'article L. 1233-3 du Code du travail dispose que « le secteur d'activité permettant d'apprécier la cause économique du licenciement est caractérisé, notamment, par la nature des produits biens ou services délivrés, la clientèle ciblée, ainsi que les réseaux et modes de distribution, se rapportant à un même marché ». Cette définition légale du secteur d'activité ne vient pas contrecarrer la solution issue de l'arrêt du 31 mars 2021. Quand bien même elle le serait, l'adverbe « notamment » permet au juge non pas de s'extraire, mais de compléter la définition légale.

Ce n'est pas tant la définition par l'ordonnance de 2017 du secteur d'activité qui a bouleversé le régime du licenciement pour motif économique, mais la « nationalisation » du périmètre d'appréciation du motif économique. En effet, l'alinéa 3 de l'article L. 1233-3 du Code du travail énonce que les quatre causes économiques s'apprécient « au niveau du secteur d'activité commun à cette entreprise et aux entreprises du groupe auquel elle appartient, *établies sur le territoire national*, sauf fraude » (nous soulignons). Un secteur d'activité caractérisé à l'échelle européenne ou mondiale serait ainsi réduit au niveau national par le périmètre français d'appréciation des causes économiques (v. avant Soc., 16 novembre 2016, n° 14-30.063, publié). Les groupes de sociétés pourraient être tentés de confier la gestion d'un secteur d'activité à une filiale étrangère pour échapper à la règle du secteur d'activité (A. FABRE, « Que reste-t-il du droit du licenciement pour motif économique ? », *SSL* 2017, n° 1784, p. 3). Il restera aux salariés la voie de la fraude. La charge de la preuve reposera alors sur leurs épaules avec toutes les difficultés d'accéder à la documentation organisationnelle du groupe de sociétés.

Parmi quelques étapes du licenciement pour motif économique. L'obligation de reclassement en matière de licenciement pour motif économique est fondamentale : le licenciement économique est l'ultime étape après que l'employeur ait tout tenté pour reclasser le salarié dont l'emploi est supprimé ou transformé. Cette obligation peut être décomposée : avant de proposer au salarié une ou plusieurs offres de reclassement « écrites et précises » (C. trav., art. L. 1223-4, dernier al.), une obligation de « prospection » pèse sur l'employeur qui le contraint à rechercher des emplois disponibles et compatibles avec l'emploi du salarié dont le licenciement est envisagé (G. AUZERO, D. BAUGARD et E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Dalloz, coll. Précis, 2021, 34^{ème} éd., spéc. n° 500). La mise en œuvre de l'obligation de « prospection » au sein des groupes de sociétés est particulière dans la mesure où l'employeur doit au préalable déterminer le périmètre d'application de cette obligation (1), puis tenter d'établir un dialogue avec les autres sociétés du groupe de reclassement pour identifier les emplois disponibles (2). Il faut bien comprendre que l'on se situe ici en amont des offres individualisées de reclassement proposées au salarié.

1. Charge de la preuve du groupe de reclassement. Dans un arrêt publié du 31 mars 2021 (n° 19-17.300), la Cour de cassation a rappelé le régime probatoire de la délimitation du périmètre du groupe de reclassement. En l'espèce, une société appartenant à un groupe a licencié vingt-quatre salariés dans le cadre d'une procédure de licenciement économique collectif. Les salariés ont saisi la juridiction prud'homale contestant leur licenciement notamment pour violation de l'obligation de reclassement. La cour d'appel accède à leurs demandes en décidant que les licenciements sont dépourvus de cause réelle et sérieuse. La Cour de cassation rejette le pourvoi exercé par l'employeur.

La Haute juridiction rappelle d'abord que la « recherche de possibilité de reclassement doit être réalisée par l'employeur, si la société fait partie d'un groupe, auprès des autres sociétés de ce groupe dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation permettent, en raison des relations qui existent entre elles, d'y effectuer la permutation de tout ou partie du personnel ». Puis, elle précise que « si la preuve de l'obligation de reclassement incombe à l'employeur, il appartient au juge, en cas de contestation sur l'existence ou le périmètre du groupe de reclassement, de former sa conviction au vu de l'ensemble des éléments qui lui sont soumis par les parties ». L'on sait déjà que l'obligation de reclassement pèse exclusivement sur l'employeur et qu'il lui appartient de justifier qu'il a recherché toutes les possibilités de reclassement existantes ou qu'un reclassement était impossible (Soc., 5 juillet 2011, n° 10-14.625, inédit) et ce, même dans les groupes de sociétés, sauf à démontrer qu'une autre société du groupe revêt la qualité de coemployeur (Soc., 13 janvier 2010, n° 08-15.776, *Flodor*, publié). Dans la mesure où c'est à l'employeur qu'il incombe d'établir qu'il a satisfait à son obligation de reclassement, il ne peut pas en aller autrement s'agissant de la détermination du périmètre d'application de cette obligation.

Un arrêt du 16 novembre 2016 (n° 14-30.063) a pu semer le trouble. La Cour de cassation y a décidé qu'« ayant constaté, en l'état des éléments qui lui étaient soumis tant par l'employeur que par le salarié, qu'il n'était pas démontré que l'organisation du réseau de distribution

auquel appartenait l'entreprise permettait entre les sociétés adhérentes la permutation de tout ou partie de leur personnel, la cour d'appel a pu retenir, sans méconnaître les règles relatives à la charge de la preuve, que ces sociétés ne faisaient pas partie d'un même groupe de reclassement ». Autrement dit, si la preuve de l'exécution de l'obligation de reclassement incombe à l'employeur, le salarié peut rapporter aux débats des éléments pour contester le périmètre de reclassement établi par l'employeur et tenter ainsi d'étendre ce périmètre. Le juge formera alors sa conviction au vu de l'ensemble des éléments qui lui ont été soumis par les parties (v. la note explicative sous Soc., 16 novembre 2016, n° 15-19.927, publié). L'arrêt du 31 mars 2021 est l'occasion pour la Cour de cassation de rappeler que les arrêts du 16 novembre 2016 n'ont jamais instauré un mécanisme de preuve partagée en matière de détermination du périmètre de reclassement (v. Lettre de la Chambre sociale n° 9 de mars/avril 2021).

Le parallélisme avec le régime probatoire des heures de travail (C. trav., art. L. 3171-4) est tentant mais hasardeux. Pour rappel, en cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail accomplies, il appartient au salarié de présenter, à l'appui de sa demande, des éléments suffisamment précis quant aux heures non rémunérées qu'il prétend avoir accomplies afin de permettre à l'employeur d'y répondre utilement en produisant ses propres éléments. Le juge formera alors sa conviction en tenant compte de l'ensemble de ces éléments (Soc., 18 mars 2020, n° 18-10.919, publié). Il s'agit là d'un mécanisme de preuve partagée. Dans l'hypothèse d'un litige relatif aux heures de travail, si le salarié se contente d'une présentation laconique dans ses écritures, voire ne dit mot, il sera débouté. En matière de groupe de reclassement, un tel risque ne pèse pas sur le salarié. Tout au plus, le salarié peut rapporter des éléments de preuve pour contrecarrer l'établissement du périmètre par l'employeur. Mais rien ne l'y oblige.

2. La dépersonnalisation de l'obligation de « prospection ». Dans un arrêt du 17 mars 2021 (n° 19-11.114, publié : *JCP S* 2021, 1100, note Y. PAGNERRE), la Cour de cassation a entre autres précisé l'exécution de l'obligation de « prospection » pesant sur la société employeur au sein d'un groupe de reclassement. En l'espèce, une société appartenant à un groupe, a décidé de procéder à une restructuration. Des salariés ont été licenciés pour motif économique dans le cadre d'un licenciement économique collectif avec mise en place d'un plan de sauvegarde de l'emploi (PSE). Contestant leur licenciement, huit salariés ont saisi la juridiction prud'homale. La Cour de cassation casse le raisonnement de la cour d'appel qui avait considéré que l'employeur n'avait pas rempli son obligation de « prospection ».

Dans un attendu de principe, la Haute juridiction énonce que « les recherches de postes disponibles dans les sociétés du groupe auquel appartient l'employeur qui envisage un licenciement économique collectif, n'ont pas à être assorties du profil personnalisé des salariés concernés par le reclassement ». Elle décide ensuite que les lettres de demandes de recherche de poste de reclassement adressées aux sociétés du groupe étaient suffisamment précises, dans la mesure où les juges du fond avaient relevé que dans ces lettres, l'employeur faisait état d'une liste des postes de travail supprimés en indiquant l'intitulé et la classification de l'ensemble des postes supprimés, sans pour autant apporter aucune indication concrète relative aux salariés occupant les postes supprimés notamment quant à leur âge, formation, expérience, qualification, ancienneté. Autrement dit, au stade du recensement des postes disponibles dans le groupe, l'employeur n'a pas à personnaliser ses recherches. Ces dernières

doivent uniquement être suffisamment précises pour identifier les postes supprimés. Les autres sociétés du groupe devront indiquer si de tels postes sont disponibles en leur sein. Ce n'est qu'une fois que cette recherche généralisée sera établie, qu'il s'agira de faire correspondre les emplois identifiés avec les profils individualisés des salariés dont les postes sont supprimés.

L'on retrouve ici la distinction classique en matière de plan de sauvegarde de l'emploi (PSE) entre la dimension « individuelle » de l'obligation de reclassement et la dimension « collective » du plan de reclassement intégré au PSE, « ce dernier devant seulement préciser le nombre, la nature, la localisation le statut et la rémunération des emplois disponibles au sein du groupe » (Soc., 28 octobre 2015, n° 14-17.712, publié auquel renvoie la Lettre de la Chambre sociale n° 9 – mars/avril 2021). La pratique des lettres circulaires adressées aux sociétés du groupe, qui n'avait pas la faveur de la jurisprudence (v. not. Soc., 13 février 2008, n° 06-44.984, inédit ; 6 mars 2007, n° 05-45.752, inédit) semble désormais mieux acceptée à partir du moment où elle permet d'identifier les postes supprimés, par exemple en précisant l'intitulé du poste, son coefficient, la catégorie d'emploi et sa rémunération (Soc., 16 novembre 2016, n° 15-19.927, publié). Pour rappel, à l'étape suivante de la proposition du reclassement au salarié, la pratique de lettres circulaires a été validée par l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017. Plus précisément, l'avant-dernier alinéa de l'article L. 1233-4 du Code du travail dispose que « l'employeur adresse de manière personnalisées les offres de reclassement à chaque salarié *ou diffuse par tout moyen une liste des postes disponibles à l'ensemble des salariés* » (nous soulignons). Ces offres écrites précisent l'intitulé du poste et son descriptif, le nom de l'employeur, la nature du contrat de travail, la localisation du poste, le niveau de rémunération et la classification du poste (C. trav., art. D. 1233-2-1, II). Les lettres circulaires semblent désormais sacralisées à chacune des étapes de l'exécution de l'obligation de reclassement.

Sébastien Ranc